Die Abwendung des Erfolges einer Tat des Angestifteten durch den Anstifter in ihrer strafrechtlichen Bedeutung für den Anstifter.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Königlichen
Friedrich Wilhelm-Universität zu Breslau

vorgelegt von

ACAD.
LEG. BAT.
BIBL.

Alfons Moritz,
Referendar.

Breslau 1911.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0090

Literaturverzeichnis.

Archiv für preußisches Staatsrecht, Goldtammer.

Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, von Bahr, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II.

Bauer, Die akzessorische Natur der Teilnahme. Göttinger Dissertation 1904.

Baumgarten, Die Lehre vom Versuch der Verbrechen. 1888.

Berner, Die Lehre von der Teilnahme. 1847.

Binding, Handbuch des deutschen Strafrechts.

— Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgem. Teil. 7. Aufl.

v. Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Reichsgerichts. 1890.

— Teilnahme am Verbrechen, in vergleichender Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgem. Teil. Bd. II.

Bittel, Übersetzung des allgemeinen bürgerlichen Strafgesetzbuchs für das Königreich Dänemark.

Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit. 1888.

v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung. 1860.

Doppffel, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur.

Finger, Deutsches Strafrecht. Bd. I. 1904.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 5. bis 7. Aufl.

Geyer, Erörterungen über den allgemeinen Tatbestand des Verbrechens.

Glaser, Gesammelte kleinere Schriften. 1868.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. I.

Hatzig, Über den Rücktritt vom Versuch und die sogenannte tätige Reue. Berliner Dissert. 1897.

Heilborn, Der agent provocateur. 1901.

Hergt, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. 1909.

Herzog, Rücktritt vom Versuch und tätige Reue. 1889.

Herzog, Th., Über Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des Strafgesetzbuchs mit besonderer Rücksicht auf die Lehre von der Teilnahme. G. S. Bd. 34.

Höpfner, Die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe. Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 26.

Katzenstein, Der agent provocateur vom Standpunkt des Reichsstrafgesetzbuchs. Zeitschr. f. d. ges. Str. W. Bd. 21.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht. Bd. I. 1890.
Korn, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht. Göttinger Dissertation 1902.
Langenbeck, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. 1868.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16.—17. Aufl.
Loening, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. 1885.
Löwenheim, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht, Hallenser Dissertation 1897.
Meves, Archiv für Strafrecht. Bd. 37.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Strafrechts.
Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund.
Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen. 1903.
Nayhaus: Die Abwendung des Erfolges einer Tat des Angestifteten durch den Anstifter vor ihrer Entdeckung in ihrer strafrechtlichen Bedeutung für den Anstifter. Breslauer Dissertation 1910.
Olshausen, Kommentar zum Str.G.B. 7. Aufl. Bd. I.
Oppenhoff, Kommentar zum R.Str.G.B. 14. Aufl.
Prosch, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme.
Rüdorff, Kommentar zum Str.G.B.
Reichsgerichtsentscheidungen.
Seefridt, Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme. Bl. für R.A. Bd. 73.
Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen.
— Lehrbuch des Strafrechts.
Schoetensack, Tätige Reue in vergl. Darst. des deutschen und ausl. Strafrechts. Bd. II.
Schwab, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme. Erlanger Dissertation 1904.
Singwaldt, Der agent provocateur. Bl. für R.A.
Weiss, Die Abwendung des Erfolges einer Tat des Angestifteten durch den Anstifter vor ihrer Entdeckung in ihrer strafrechtlichen Bedeutung für den Anstifter. Breslauer Dissertation 1911.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

A. Begriff und Wesen der Anstiftung 2

B. Tätige Reue des Anstifters.

I. Theorien über die rechtliche Bedeutung der tätigen Reue des Anstifters.

1. Der Anstifter wird durch tätige Reue nicht straffrei 5

2. Der Anstifter wird straffrei, weil § 46, 2 direkt anwendbar ist.

a) Ziffer 1 und 2 finden Anwendung 7

b) Nur Ziffer 2 findet Anwendung 10

3. Die Straffreiheit des Anstifters folgt aus dem Wesen der Teilnahme 11

II. a) Der Anstifter wird straffrei auf Grund analoger Anwendung des § 46. 13

b) Der Anstifter erfüllt die Voraussetzung des § 46, wenn er

aa) den Täter veranlaßt, den Eintritt des Erfolges zu verhindern 19

bb) den Eintritt des Erfolges selbst verhindert . 20

III. Der agent provocateur 24

IV. Fall des Rücktritts von einem qualifizierten Versuch 32

Schluß: Zusammenfassung 34

Einleitung.

Das Strafgesetzbuch ahndet nicht nur die vollendete Rechtsgüterverletzung, sondern es erachtet bei Verbrechen und einzelnen von ihm hervorgehobenen Vergehen auch schon den Versuch, d. h. eine Handlung als strafbar, durch die der volle Tatbestand des Delikts zwar noch nicht verwirklicht ist, die aber immerhin schon einen Angriff gegen die Rechtsordnung enthält. Mit dem Augenblicke, wo der Täter seinen verbrecherischen Willen in der angedeuteten Weise betätigt hat, ist er also der Strafe verfallen. Es kann aber nicht Zweck des Strafrechts sein, möglichst viele die volle Strenge des Gesetzes fühlen zu lassen; es muß ihm vielmehr daran liegen, die seinem Schutze unterstellten Rechtsgüter vor Schaden zu behüten. Aus dieser Erwägung heraus ist die Bestimmung des § 46 entstanden. Sie lautet:

„Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Täter

1. die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder
2. zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat.“

Der Gesetzgeber will also immer dann auf die Bestrafung des Übeltäters verzichten, wenn er durch diesen Verzicht erreicht, daß ein bereits drohender Schaden ver-

hütet werden kann. Dies ist je nach dem Grade, bis zu dem die Ausführung der verbrecherischen Handlung vorgeschritten ist, dadurch möglich, daß der Täter

a) im Falle des nicht beendigten Versuchs, d. h. dann, wenn die Handlung noch nicht zum Abschluß gelangt ist, auf die Ausführung derselben verzichtet,

b) im Falle des beendigten Versuchs, d. h. wenn der Täter bereits alles zur Erfüllung des Tatbestands Erforderliche getan, den Eintritt des schädigenden Erfolges verhindert. Das Gesetz spricht aber im § 46 nur vom Täter, es hat somit die Frage offen gelassen, ob und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen der Teilnehmer, also auch der Anstifter, der im § 46,2 — nur dieser kommt für uns in Betracht — dem Täter gewährten Vergünstigungen teilhaftig werden kann. Die Frage ist um so mehr Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen geworden.

Auch die vorliegende Arbeit soll sich mit ihr beschäftigen.

Da aber alle Theorien, die zwecks Lösung der obigen Frage aufgestellt worden sind, mehr oder weniger an die Teilnahmelehre bezw. die Lehre von der Anstiftung anknüpfen, sei vorher in kurzen Umrissen Begriff und Wesen der Anstiftung erörtert.

A. Begriff und Wesen der Anstiftung.

Das Strafgesetzbuch behandelt die Anstiftung in § 48. Hier heißt es:

„Als Anstifter wird bestraft, wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat.

Die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat."

Als Anstifter erscheint somit, wer einen anderen zu einer von diesem begangenen strafbaren Handlung durch Mittel irgend welcher Art vorsätzlich bestimmt hat. Aus dem Wortlaut des § 48 ergibt sich, daß das Gesetz die Anstiftung als akzessorische Teilnahmeform ansieht. Denn erstens ist Voraussetzung für die Bestrafung des Anstifters, daß das Verbrechen, zu dessen Begehung der Anstifter angestiftet hat, auch wirklich begangen, oder doch wenigstens bis zum Stadium des Versuchs gelangt ist. Ist dem Entschlusse des Angestifteten die gewünschte Tat nicht gefolgt, so ist die Tatsache, daß der Anstifter in dem anderen den Entschluß hervorgerufen hat, rechtlich belanglos; zweitens findet auf Anstifter und Täter die gleiche Strafbestimmung Anwendung. „Die Anstiftungshandlung hat also keine kriminelle selbständige Bedeutung, ist vielmehr kriminell abhängig von dem Verbrechen, zu welchem angestiftet wird."[1]) Die Akzessorietät der Anstiftung in dem hier angegebenen Sinne ist jetzt von der Wissenschaft fast allgemein anerkannt. Nur Kohler, Höpfner und Binding[2]) lehnen diese Auffassung auch dem geltenden Recht gegenüber ab und sehen die Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft an. Kohler behauptet, unter Akzessorietät der Anstiftung werde Teilnahme an fremder Schuld verstanden.

---

[1]) v. Birkmeyer, Teilnahme, vgl. Darstell. d. deutsch. u. ausl. Strafr., Allg. T. Bd. II S. 5.

[2]) Kohler, Studien S. 106; ebenso Arch. f. Strafr. Bd. 55; Höpfner, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. Bd. 26 S. 588; Binding, Deutsch. Strafr., Allg. T. S. 170. Zwar sieht auch Weiß in seiner Dissert.: „Die Abwendung des Erfolges einer Tat des Angestifteten durch den Anstifter usw." die Anstiftung als selbständiges Delikt an, doch braucht auf ihn hier nicht näher eingegangen zu werden, da die Erwägungen, die ihn in der hier interessierenden Frage zu unserem Gegner machen, unabhängig von dieser seiner Anschauung sind.

Da es aber der Kulturidee des modernen Strafrechts widerspreche, jemand für die Schuld eines anderen mithaften zu lassen, müsse er es ablehnen, Anstiftung als akzessorische Teilnahme anzusehen. Kohler ist entgegenzuhalten, daß kein Vertreter der Akzessorietät der Anstiftung das Wesen derselben in der Teilnahme an fremder Schuld erblickt hat, daß vielmehr die Akzessorietät nur die Bedeutung hat und haben soll, die ihr oben von uns und zugleich auch von der ganzen Wissenschaft beigelegt wird.

Höpfners Auffassung ist ebenso unhaltbar. Die Akzessorietät der Anstiftung soll sich, so heißt es bei ihm, darin äußern, daß die Anstifterhandlung nur im Falle des Vorliegens einer strafbaren Handlung vom Gesetzgeber bestraft werden dürfte. Dies könne aber der Gesetzgeber unmöglich anerkannt haben, denn er werde sich hüten, etwas „über seine Befugnisse zu erzählen". U. E. läuft die Ausführung Höpfners[1]) lediglich auf einen Streit um Worte hinaus. Der Gesetzgeber hat allerdings nicht sagen wollen, wann er strafen dürfe und wann nicht; dagegen hat er zum Ausdruck bringen wollen, daß, falls keine Täterhandlung vorliege, keine Veranlassung bestehe, den Anstifter zu bestrafen, da die Hervorrufung eines Entschlusses ohne die Haupttat ebenso belanglos ist, wie wenn jemand selbst einen verbrecherischen Entschluß faßt, diesem aber die Tat nicht folgen läßt.

Eine besondere Stellungnahme zu Kohler und Höpfner erschien deshalb als geboten, weil diese die hier als falsch gekennzeichnete Auffassung für die Lösung der hier zur Erörterung stehenden Frage verwerten, ob die Verhinderung des Einflusses des Erfolges dem Anstifter Straflosigkeit sichere.[2]) Es erscheint um so notwendiger, schon von vornherein der Auffassung der Anstiftung als intellektueller

[1]) Höpfner, Die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe. Zeitschr. f. ges. Strafrechtsw. Bd. 26 S. 588.

[2]) Binding kommt hier weniger in Betracht, weil er aus seiner Auffassung keine Folgerung für unsere Frage ableitet.

Urheberschaft entgegenzutreten und in der Feststellung der Akzessorietät derselben eine sichere Grundlage für die Untersuchung unserer Frage zu schaffen, als wir uns ohnedies dabei schon — um mit Herzog[1]) zu sprechen — „in einem großen Gespinst von Kontroversen befinden". Herzog konnte dies ohne jede Übertreibung sagen, denn es sind in der Tat die verschiedensten Versuche gemacht worden, die Straflosigkeit des Anstifters im Falle der Verhinderung des Eintritts des Erfolges zu begründen.

B. Tätige Reue des Anstifters.

I. Theorien über die rechtliche Bedeutung der tätigen Reue des Anstifters.

§ 1. Der Anstifter wird durch tätige Reue nicht straffrei.

Die Ansicht, daß der Anstifter in keiner Weise straffrei werden könne, gleichviel welche Mittel er anwende, um den Eintritt des Erfolges zu verhindern, findet nur einen einzigen Vertreter.

Es ist Olshausen. Seine Auffassung gründet sich darauf, daß die Wohltat des § 46 dem Anstifter deshalb versagt bleiben müsse, weil das Wort „Täter" im § 46 nur in rein technischem Sinne ausgelegt werden könne. Zu diesem Ergebnis gelangt er auf Grund folgender Erwägung:

In § 46 heißt es, der Versuch als solcher bleibt straflos, nicht aber: Wer einen Versuch unternommen hat, bleibt wegen des Versuchs als solchen straflos. Es entfällt also nicht nur die Strafe des Täters, sondern die der Versuchshandlung als solcher. § 46 stellt somit einen objektiv wirkenden Strafaufhebungsgrund dar. Daraus folgt, daß das Wort „Täter" nur im technischen Sinne gemeint sein kann. Denn soll die Strafaufhebung wirklich objektiv

[1]) R. Herzog, Rücktr. v. Versuch und tät. Reue, S. 265.

wirken, so muß der Versuch als solcher vernichtet werden; dies kann aber nur der tun, der den Versuch begangen hat, also der Täter, nie der Teilnehmer. Für diesen tritt auf Grund einer von ihm geübten Tätigkeit Straflosigkeit nie ein. Die Ausführungen Olshausens[1]) sind u. E. folgerichtig. Aber der Ausgangspunkt derselben ist verfehlt. § 46 stellt keinen objektiv wirkenden Strafaufhebungsgrund dar, sondern nur einen persönlichen Strafaufhebungsgrund. Dies lehrt uns der Grund der Entstehung des § 46. Schon eingangs unserer Arbeit ist darauf hingewiesen, daß kriminalpolitische Erwägungen den § 46 ins Dasein gerufen haben. Dies ist in den Motiven zum St.G.B. klar zum Ausdruck gekommen. Es heißt hier: „Auf kriminalpolitischen Gründen beruht die fernere Bestimmung des § 46, daß der Versuch als solcher straflos bleiben sollte, wenn der Täter zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat.“[2]) Wenn aber kriminalpolitische Erwägungen zu der Bestimmung des § 46 geführt haben, wenn m. a. W. die Straflosigkeit eine Belohnung für die rechtzeitige Umkehr des Täters, für die Verhütung des Schadens sein soll, so kann die Belohnung doch immer nur dem zukommen, der sich ihrer würdig erwiesen hat, nicht aber den anderen an der Tat Beteiligten. § 46 muß somit als persönlicher Strafaufhebungsgrund betrachtet werden.

Auf die Motive beruft sich aber auch Olshausen.[3]) „Der Nachdruck liege, wie auch äußerlich schon hervorgehoben sei, lediglich auf »Ausschließungsgrund«, nicht aber auf den Worten »der an und für sich verwirkten Strafe«. Das ist richtig. Allein das Wort »Ausschließungsgrund« kann doch nur im Zusammhang mit den zu ihm gehörigen Worten

[1]) Olshausen, Komm. z. St.G.B, 7. Aufl. I. Bd. Anm. 2 u. 7 zu § 46.

[2]) Mot. z. St.G.B. f. d. Nordd. Bund, §§ 41—44.

[3]) Olshausen a. a. O., Anm. 2 zu § 246.

»der an und für sich verwirkten Strafe« richtig ausgelegt werden.“ „Die an und für sich verwirkte Strafe setzt aber notwendig einen verbrecherischen Tatbestand, eine Schuld des Täters voraus,“ sagt Schwab. „Wenn nun aber diese an und für sich verwirkte Strafe durch das Gesetz ausgeschlossen werden soll, so liegt doch darin keineswegs ausgesprochen, daß damit auch die Schuld ausgeschlossen sein soll, sondern es ist gar das Gegenteil daraus zu folgern.“[1]) § 46 muß also auch aus diesem Grunde als ein persönlich wirkender, nicht aber als ein objektiv wirkender Strafaufhebungsgrund angesehen werden. Damit ist aber den Ausführungen Olshausens die Grundlage genommen. Es ist ihm nicht gelungen, den Beweis für seine Behauptung zu erbringen, daß der Anstifter von der Wohltat des § 46 völlig ausgeschlossen sei.

§ 2. Der Anstifter wird straffrei, weil § 46, 2 direkt anwendbar ist.

a) Ziffer 1 und 2 finden Anwendung.

Im geraden Gegensatz zu Olshausen steht eine Reihe von Schriftstellern, die davon ausgehen, daß das Wort „Täter“ in § 46 nicht im technischen Sinne aufzufassen sei, vielmehr auch die Teilnehmer (den Anstifter) mitumfasse, so daß die Bestimmung des § 46 unmittelbar auf den Anstifter bezogen werden könne und müsse. Die hierher zu zählenden Schriftsteller stehen indes nicht alle auf völlig gleichem Standpunkt. Ein Teil von ihnen glaubt, beide Ziffern des § 46 direkt auf den Anstifter anwenden zu können, ein anderer dagegen hält dies nur bezüglich der zweiten Ziffer für zulässig.

Als Vertreter der ersten Auffassung lernen wir Höpfner, Kohler, Meves, Hälschner, Frank und das R.G. kennen. Ihre Ansicht ist nicht zu billigen. Daß Höpfner[2]) und Kohler[3])

---

[1]) Schwab, Der Rücktr. v. Versuch in sein. Bedeut. f. d. Teiln. S. 12.

[2]) Höpfer, S. 626. [3]) Kohler, Studien S. 110.

eine extensive Auslegung bezüglich des Wortes „Täter“ vornehmen, erscheint uns von ihrem Standpunkt aus zwar als durchaus folgerichtig, vom Standpunkt des geltenden Rechts aus dagegen als verfehlt. Sie sehen die Anstiftung als delictum sui generis an, somit den Anstifter als intellektuellen Täter. Die natürliche Folge davon ist, daß sie die Bestimmung des § 46 unmittelbar auf den Anstifter anwenden. Allein beide gehen, wie oben dargelegt wurde, von einer falschen Voraussetzung aus. Damit werden aber auch alle Folgen, die sich aus dieser Voraussetzung ergeben, bedeutungslos.

Im Gegensatz zu diesen beiden erkennt Meves ausdrücklich die akzessorische Natur der Anstiftung an.[1]) Dann ist es aber durchaus nicht verständlich, wie Meves bald darauf den Anstifter deshalb unter den Begriff des Täters bringen zu können glaubt, weil man „dem Gesetz doch wohl keine Gewalt antue“, wenn man unter dem „Täter“ des § 46 auch den intellektuellen Täter verstehe. Wenn aber der Anstifter akzessorischer Teilnehmer ist, was Meves ja zugibt, kann er nicht zugleich auch intellektueller Täter sein, dann kann aber der Anstifter auch nicht ohne weiteres dem „Täter“ gleichgestellt werden. Doch Meves hat noch einen zweiten Grund für die unbedenkliche Zulässigkeit der extensiven Auslegung des § 46. „Es ist derselben schon deshalb das Wort zu reden,“ sagt Meves, „weil der Gesetzgeber selbst nicht eine genaue und strenge Scheidung zwischen Täter und Teilnehmer durchgeführt hat. Denn obwohl der dritte Abschnitt im Teil I des Strafgesetzbuchs die Überschrift „Teilnehmer“ führt, behandelt doch der § 47 den Mittäter und wird in § 50 dieser noch ausdrücklich als Teilnehmer bezeichnet, während er in der Tat ebenso wie der Täter physischer Urheber ist.“[2]) Derselbe Gedanke findet sich bei Hälschner in etwas allgemeinerer Form. Auch dieser glaubt das Wort „Täter“ deshalb auf

[1]) Meves, Arch. f. Strafr. 37. Bd. S. 402.

[2]) Meves a. a. O. S. 406.

den Anstifter ausdehnen zu können, weil das Gesetz dieses Wort mehrfach in dem Sinne gebrauche, daß darunter jeder einer strafbaren Handlung Schuldige zu verstehen sei.

Beiden Ausführungen ist nicht beizupflichten; denn 1. ist es nicht Sache des Gesetzes, eine genaue Systematisierung vorzunehmen; der Gesetzgeber kann sich durch Zweckmäßigkeitsgründe veranlaßt fühlen, zusammengehörige Begriffe an verschiedener Stelle zu behandeln und umgekehrt. „Es wird in der Regel übersehen," sagt Rüdorff, „daß der Gesetzgeber trotz einer gewissen systematischen Anordnung in seiner Ausdrucksweise und Gliederung sich immer wesentlich von der eines Lehrbuchs unterscheidet."[1]) 2. geht der Begriff des Wortes „Täter" doch immer erst aus der Betrachtung des Zusammenhangs heraus, in dem das Wort steht. § 3 des St.G.B. beispielsweise lautet:

„Die Strafgesetze des Deutschen Reichs finden Anwendung auf alle im Gebiete desselben begangenen strafbaren Handlungen, auch wenn der Täter ein Ausländer ist."

Hier geht wohl ohne weiteres aus Sinn und Wortlaut des Gesetzes hervor, daß unter „Täter" überhaupt jeder, der sich strafwürdig gemacht hat, zu verstehen ist, gleichviel welchen Anteil er an einem Verbrechen nimmt.

Bringt man in dem § 46 das Wort „Täter" in Beziehung zu dem übrigen Inhalt der Bestimmung, so ergibt sich, daß man das Wort „Anstifter" nicht an die Stelle von Täter setzen darf, wenn man nicht zu einem unhaltbaren Ergebnis gelangen will. § 46 Ziffer 2 würde unter Eintauschung der beiden Worte lauten:

„Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Anstifter zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat."

Die hier in Frage kommende Handlung kann immer nur diejenige des Subjekts sein, auf die sich die Bestimmung

[1]) Rüdorff, Komm. 4. Aufl. Anm. 2 zu § 47.

des § 46 bezieht, in unserem Falle also die Anstiftungshandlung, da ja Subjekt der Anstifter sein soll. Wenn dieser aber dafür sorgt, daß seine Handlung nicht aus dem Stadium des Versuchs in das der Vollendung gelangt, so bedeutet dies, daß es bei einer versuchten Anstiftung bleibt; eine solche ist aber infolge der akzessorischen Natur der Anstiftung schon von vornherein nicht strafbar.

Frank hat in der 5. Auflage seines Kommentars die Anschauung vertreten, daß unter den Begriff des Täters auch der Anstifter falle. In seiner Arbeit „Vollendung und Versuch", in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts[1]), begründet er die Straflosigkeit des Anstifters nur durch analoge Anwendung des § 46. Es ist also anzunehmen, daß er seine frühere Ansicht aufgegeben hat. Doch wie dem auch sei, er hat ja die Behauptung, daß das Wort „Täter" extensiv auszulegen sei, aufgestellt, ohne für sie eine Begründung zu geben. Dadurch erscheint jedes nähere Eingehen auf seine frühere Ansicht unnötig.

Ähnlich wie Frank hat auch früher das Reichsgericht das Wort „Täter" im weiteren Sinne aufgefaßt. Noch im 38. Bande seiner Entscheidungen S. 225 hält es daran fest. Jedoch schon im folgenden Bande S. 39 nimmt es zu dieser Frage die entgegengesetzte Stellung ein, indem es betont, daß der Ausdruck „Täter" nur im engsten eigentlichen Sinne gebraucht werden dürfe.

b) Nur Ziffer 2 findet Anwendung.

Auf demselben Standpunkt, wie die bisher besprochenen Schriftsteller, stehen, was Ziffer 2 des § 46 anlangt, auch v. Liszt, Baumgarten, Herzog und Seefried[2]). Jedoch kommt diesen insofern eine besondere Bedeutung zu, als sie es ablehnen, die Ziffer 1 des § 46 unmittelbar auf den

[1]) Bd. V S. 239.

[2]) v. Liszt, Lehrbuch, 16. Aufl. S. 212; Baumgarten, Die Lehre vom Versuch d. Verbrechens, S. 458/59; Herzog, G.S. Bd. 24, S. 457 ff.; Seefried, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 73 S. 356.

Anstifter anzuwenden, dagegen bezüglich der Ziffer 2 eine direkte Anwendung für unbedenklich halten. Ihre Ansicht ist an sich schon aus denselben Gründen abzulehnen, die gegen die im vorigen Abschnitt besprochenen Schriftsteller angeführt worden sind. Außerdem widerspricht es aber doch allen Gesetzen der Auslegungskunst, das Wort „Täter", das doch auf Ziffer 1 und 2 des § 46 Bezug hat, im ersten Falle im engen eigentlichen Sinne, im zweiten Falle dagegen im weiteren Sinne aufzufassen. Dazu kommt noch, daß die unmittelbare Folge einer derartigen Gesetzesauslegung die wäre, daß der Teilnehmer, der sich am Beginn der Ausführungshandlung beteiligt hat, dann Reue über seine Tat empfindet und sich gern straflos machen möchte, dies nur dadurch zu erreichen vermag, daß er die Handlung aus dem Stadium des unbeendigten in das des beendigten Versuchs fortschreiten läßt. Es kann unmöglich angenommen werden, daß der Gesetzgeber den Teilnehmer auf einen solchen sowohl für diesen, als auch für die Rechtsordnung gleich gefährlichen Weg weisen wollte.[1])

§ 3. Die Straffreiheit des Anstifters folgt aus dem Wesen der Teilnahme.

Herzog und Hatzig glauben die Straflosigkeit des Anstifters im Falle der Erfolgsabwendung ohne jegliche Bezugnahme auf die Bestimmung des § 46, vielmehr lediglich aus dem Wesen der Anstiftung herleiten zu können.

In Wahrheit läßt sich Herzogs Ergebnis aber nicht auf das Wesen der Anstiftung, sondern auf seine Theorie von dem Grunde der Strafbarkeit des Versuchs, oder wie sie kurz genannt wird, auf seine Präsumtionstheorie zurückführen. „Der Täter", sagt Herzog[2]) wird bestraft, weil er einen Schaden herbeigeführt hat. Ist der Verbrechenserfolg

[1]) Auf die Unmöglichkeit einer derartigen Gesetzesauslegung, wie sie von den hier erwähnten Schriftstellern vorgenommen wird, hat auch schon Heilborn, der Agent provocateur, S. 114, hingewiesen.

[2]) Herzog a. a. O. S. 266.

jedoch nicht eingetreten, so wird der Täter bestraft, weil die Vermutung, die Präsumtion besteht, daß er den Erfolg habe herbeiführen wollen. Wendet er diesen Erfolg ab, so widerlegt er die Vermutung und wird deshalb ipso iure straffrei. Das Gleiche müsse nach Herzog aber auch für den Anstifter gelten, d. h. für die Strafbarkeit bezw. Straflosigkeit des Anstifters müßten dieselben Gründe maßgebend sein, wie für die des Täters. Verhindere also der Anstifter den Eintritt des Erfolges der Haupttat, so erlange auch er ohne weiteres Straflosigkeit, weil auch er die Vermutung widerlegt habe, daß er es zur Vollendung des Delikts habe kommen lassen wollen. Dieses Ergebnis Herzogs steht und fällt mit seiner Präsumtionstheorie. Sie kann heute als völlig abgelehnt betrachtet werden.[1]) Als unhaltbar erweist sie sich schon deshalb, weil nach ihr die Strafbarkeit des Versuchs allein von der „Präsumtion der Perfektionsenergie" abhängen würde. Unmöglich kann die bloße Vermutung, daß der Versuch hätte zur Vollendung gelangen können, Grund genug sein, eine nach Herzog ja im übrigen rechtlich völlig bedeutungslose Handlung mit Strafe zu belegen, abgesehen davon, daß man wohl niemals sichere Anhaltspunkte für die Prüfung haben würde, ob die Vermutung gerechtfertigt war oder nicht. „Außerdem, sagt Schoetensack sehr zutreffend, müßte man dem positiven Recht geradezu den Rücken kehren, wenn man mit der »Präsumtion der Perfektionsprotenz« ernst machen wollte, denn der Versuch müßte ja überall da straflos bleiben, wo die Perfektionskraft nicht vorhanden ist."[2]) Der Grund für die Bestrafung des Versuchs liegt lediglich darin, daß jede Versuchshandlung immerhin einen Angriff gegen die Rechtsordnung darstellt. Es kann demnach aber auch keinen Rechtsgrund für die Straflosigkeit im Falle der „tätigen

[1]) Nur Binding, Normen, Bd. II S. 251 vertritt eine der Präsumtionstheorie Herzogs nahekommende Auffassung über den Grund der Straflosigkeit des Rücktritts vom Versuche.

[2]) Schoetensack, vgl. Darst. d. deutsch. u. ausl. Strafr., Allg. Teil Bd. II.

Reue“ geben. Die Straflosigkeit des Rücktritts vom Versuch findet ihren einzigen Grund in der Bestimmung des § 46 und diese verdankt ihre Entstehung wiederum, wie schon an anderer Stelle hervorgehoben ist, rein kriminalpolitischen Erwägungen.

Auch Hatzigs Versuch, die Straflosigkeit des zurücktretenden Anstifters aus dem Wesen der Teilnahme abzuleiten, ist als mißglückt anzusehen. Nach seiner Meinung folgt aus der Akzessorietät der Anstiftung:

1. Solange die Teilnahme versucht ist, ist sie überhaupt nicht strafbar geworden, da es an einer strafbaren Haupttat fehlt.

2. Die Strafbarkeit des Anstifters beginnt erst, wenn die von ihm geübte Einwirkung beendigt ist.

3. Jeder Teilnehmer ist imstande, die Tat zu negieren und dann muß die Teilnahmehandlung straflos bleiben.

4. Liegt beendigter Versuch vor, so kann sich der Anstifter durch selbständige Abwendung des Erfolges im Sinne des § 46,2 einen Strafaufhebungsgrund für seine Person sichern.

Satz 1 und 2 ist richtig. Man kann es ja unmittelbar aus § 48 St.G.B. herauslesen. Dagegen ist Hatzig[1]) den Beweis für die Richtigkeit des Satzes 3 und 4 schuldig geblieben. In § 48 ist durchaus nicht gesagt, daß der Anstifter die bereits in der Ausführung begriffene Handlung des Täters zu „negieren“ vermag. Wenn Hatzig diese Möglichkeit gleichwohl behauptet, dürfte ihm bereits eine Analogie mit § 46 vorgeschwebt haben.

II. a) Der Anstifter wird straffrei auf Grund analoger Anwendung des § 46.

Zu einer befriedigenden Lösung unserer Frage gelangt man u. E. nur durch analoge Anwendung des § 46 auf die Tätigkeit des zurücktretenden Anstifters.

[1]) Hatzig, Über den Rücktritt vom Versuch und die sog. tätige Reue. Berliner Diss. 1897 S. 57/58.

Die Bestimmung des § 46 ist aus der kriminalpolitischen Erwägung heraus entstanden,[1]) daß es sich empfehle, einem schon der Strafe des Versuchs verfallenen Übeltäter diese Strafe zu erlassen, wenn er bewirke, daß schädliche Folgen infolge seiner bisherigen Tätigkeit nicht eintreten würden. Das Gesetz verzichtet also immer dann gern auf die Bestrafung des Verbrechers, wenn es dadurch die seinem Schutz unterstellten Rechtsgüter vor einem bereits drohenden Schaden bewahren kann. Es würde aber doch seine Absicht nur halb erreichen, wenn es nur dem „Täter" diese goldene Brücke gebaut hätte. Der Zweck des § 46 dürfte unter diesen Umständen immer dann verfehlt sein, wenn mehrere Personen an einem Verbrechen beteiligt sind; denn was nutzt es, daß alle Teilnehmer, von Reue ergriffen, es bei ihrer bisherigen Tätigkeit bewenden lassen, bezw. den Eintritt des Erfolges verhindern wollten, wenn der Täter bei seinen Plänen beharrt. Dazu kommt wohl auch noch, daß bei den Teilnehmern der verbrecherische Wille oft weniger tief eingewurzelt ist, wie beim Haupttäter. Wenn demnach der Staat wirklich in erster Linie die drohende Verletzung der Rechtsgüter verhindern will, so muß es ihm völlig gleichgültig sein, wer von den am Verbrechen Beteiligten dafür Sorge trägt, daß kein Schaden eintritt. Diese rein natürliche Erwägung bietet Grund genug zu der Annahme, daß die Teilnehmer (also auch der Anstifter) dem Gesetzgeber der Belohnung des § 46 ebenso wert sein müssen wie der Täter, m. a. W., daß es durchaus im Sinne des § 46 liege, daß der Anstifter durch eine Verhinderung des Eintritts des Erfolges sich Straflosigkeit zu erwerben vermag. Unsere Auffassung, daß eine analoge Anwendung des § 46,2 auf die Tätigkeit des zurücktretenden Anstifters geboten sei, wird von der überwiegenden

[1]) Diese Auffassung ist heute wohl als allgemein anzusehen. Vgl. v. Birkmeyer, Teilnahme S. 156; Geyer, Erörterungen S. 134; Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 181; v. Liszt, 16. Aufl. S. 210.

Mehrheit der Schriftsteller geteilt, die sich mit unserer Frage beschäftigt haben.[1])

Gegen die Anwendung eines strafrechtlichen Analogieschlusses sind von verschiedener Seite Bedenken geäußert worden. Schütze hält die Verwendung strafrechtlicher Analogie für völlig unstatthaft, weil gemäß dem Grundsatze: nullum crimen sine poena legali eine Handlung in Ermangelung positiver Strafandrohung nicht strafbar sein könne. Ferner sei deshalb schon kein Raum für Analogieschlüsse im Strafrecht, weil wir „eher an Überreichtum als an Kärglichkeit oder Armut der Strafsatzungen leiden". Daß man die Analogie aus dem Strafrecht beseitigen wollte, beweise schließlich auch noch die „Nichtermächtigung" zu derselben. Zuzugeben ist Schützes[2]) Ausführungen gegenüber nur, daß man die Strafbarkeit einer Handlung nicht mittels Analogieschlusses begründen könne. Denn „eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde." (§ 2 St.G.B.)[3]) Insoweit ist der Analogie jede strafrechtliche Bedeutung genommen, aber auch nur insoweit; denn durch § 2 ist noch keineswegs gesagt, daß man Analogieschlüsse nicht verwenden dürfe, um einen Strafanspruch zu mindern oder auszuschließen.[4]) Und zu diesem Zweck, nämlich um einen Strafanspruch auszuschließen, soll in unserem Falle ja nur die Analogie verwendet werden. Einen Einwand besonderer Art macht Bauer. Wenn auch die Anwendung eines Analogieschlusses

---

[1]) Geyer in H.H. Bd. II S. 372; Finger, Deutsch. Strafrecht S. 320; Loening, Grundriß S. 97; Frank, Kommentar 5. Aufl. S. 79; Korn, Der Vorsatz des Anstifters usw. S. 29; Borchert, Strafrechtl. Verantwortlichkeit S. 98.

[2]) Schütze, Lehrb. 2. Aufl. S. 46/47.

[3]) In erster Linie bezieht sich § 2 zwar auf die zeitliche Begrenzung der Strafbarkeit. Indes läßt sich der Satz nullum crimen sine poena legali unmittelbar aus dem Paragraphen ableiten.

[4]) So Frank S. 24; Binding, Handb. d. Strafrechts Bd. I, S. 218.

im Strafrecht an sich zulässig sei, so führt Bauer aus, hätte man dadurch für die Lösung unserer Frage doch nichts gewonnen; denn bei analoger Anwendung des § 46,2 auf den Anstifter ergäbe sich die Fassung: Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Teilnehmer zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat.[1]) Bauer will damit sagen, daß man trotz einer nur analogen Anwendung des § 46 mit derselben Schwierigkeit zu kämpfen habe wie diejenigen, die den § 46 unmittelbar auf den Anstifter angewendet wissen wollen. Diesen Einwand dürfte Höpfner völlig überzeugend widerlegt haben.

„Bei analoger Anwendung," so heißt es bei Höpfner, „ergibt sich folgende Fassung: Die Tätigkeit des Teilnehmers als solche bleibt straflos, wenn der Teilnehmer den Eintritt des Erfolges abwendet. Bauer verändert in seiner Fassung nur den Tatbestand, unterläßt aber gerade die analoge Anwendung der Rechtsfolge."[2]) Daß Höpfner die Analogie nicht auf den Anstifter anwendet, sondern nur auf den Gehilfen,[3]) beeinträchtigt die Wirkung des gegen Bauer Gesagten in keiner Weise. Wenn wir über Höpfner hinausgehen und das von der Beihilfe Gesagte auf die Anstiftung ausdehnen, rechtfertigt sich dies aus demselben Grunde, den Höpfner für die Anwendbarkeit der Analogie auf die Erfolgsabwendung seitens des Anstifters überhaupt angibt, nämlich dadurch, daß die „Verheißung der Straflosigkeit eine Chance für die Abwendung des Erfolges eröffnet".

Neuerdings haben sich gegen die analoge Anwendung des § 46, Abs. 2 auf den Anstifter Nayhaus und Weiß

[1]) Bauer, Die akzess. Natur d. Teiln. S. 94.

[2]) Höpfner, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. Bd. 26 S. 628.

[3]) Um die Straflosigkeit des Anstifters zu begründen, bedarf es für Höpfner des Analogieschlusses deshalb nicht, weil er ja eine direkte Anwendung des § 46 auf den Anstifter für richtig erachten muß.

sehr entschieden ausgesprochen.[1]) Nayhaus führt etwa folgendes aus: Im Prinzip sei gegen einen Analogieschluß im Strafrecht nichts einzuwenden. Im vorliegenden Falle dagegen sei analoge Anwendung ausgeschlossen. Voraussetzung für den strafbefreienden Rücktritt des Täters sei, daß seine Handlung im Versuchsstadium sei. Dieselbe Voraussetzung müsse deshalb auch beim Anstifter vorliegen. Dies sei aber nicht der Fall, wenn der Anstifter den Erfolg der Tat des Angestifteten in eigner Person abwendet. Denn dann sei der Erfolg seiner Tat, nämlich die Hervorrufung des Entschlusses, im Angestifteten bereits eingetreten. Von einem Rücktritt von seiner versuchten Tat sei also nicht mehr die Rede. Die Sachlage beim Täter, der den Erfolg der Tat abwendet und beim Anstifter, der den Erfolg der Tat eines anderen abwendet, habe somit nichts gemeinsames. Analoge Anwendung sei also unzulässig.

Unseres Erachtens geht Nayhaus hierbei von einem zu engen Gesichtspunkte aus. Wir erblicken die Ähnlichkeit der Tätigkeit des rücktretenden Täters und Anstifters darin, daß beide dafür Sorge tragen, daß die drohende Rechtsgüterverletzung nicht eintritt. Und wenn es, wie wir eingangs der Arbeit erwähnt haben, dem Gesetzgeber in der Tat in erster Linie um Verhütung jedes bereits drohenden Schadens zu tun ist, dann ist doch von hervorragendster praktischer Bedeutung, daß zu dem vollendeten Versuch nicht der Erfolg hinzutritt. Und wenn nun gerade darin die Tätigkeit des Täters und Anstifters gleich ist, so ist unseres Erachtens die Anwendung des Analogieschlusses schon deshalb allein sehr wohl berechtigt, und der Einwurf: Der Täter tritt von seiner Versuchshandlung zurück; der Anstifter aber nimmt der Tat eines Anderen ihre Gefährlichkeit, nur als eine Spitzfindigkeit anzusehen.

[1]) Nayhaus, Die Abwendung des Erfolges einer Tat des Angestifteten durch den Anstifter usw., Breslauer Diss. 1910 S. 40/41, Weiß a. a. O. S. 49 ff.

Als ebenso formalistisch erscheint uns die Deduktion von Weiß, durch die er die analoge Anwendung des § 46, Abs. 2 als unzulässig zurückweist. Er folgert: Soll Rücktritt vom Versuch dem Täter Straffreiheit verschaffen, so ist ein contrarius actus erforderlich, der die durch den ersten objektivierten Willen entstandene Störung der Rechtsordnung beseitigt. Die Handlung des Anstifters besteht darin, daß er den Angestifteten dahin bringt, daß dieser sich zur Ausführung der vom Anstifter geforderten Tat entschließt. Der contrarius actus dieser Handlung bestände somit einzig und allein darin, daß der Anstifter nunmehr den Angestifteten überredet, seinen Entschluß nicht zur Ausführung zu bringen, bezw. den Erfolg der bereits vollführten Tat abzuwenden. Greift der Anstifter aber selbsttätig ein, so erreichte er zwar dasselbe, das der Angestiftete auf seine Veranlassung tut, von einem contrarius actus ist aber gleichwohl keine Rede, der Analogieschluß entbehrt somit der nötigen Voraussetzung.

Unseres Erachtens begeht Weiß denselben Fehler wie Nayhaus, indem er den Erfolg der Tätigkeit des Anstifters als ganz belanglos außer acht läßt. Welchen Weg der Anstifter einschlägt, um den drohenden Schaden zu verhüten, ist doch gleichgültig. Völlige Gleichheit der Voraussetzungen werden doch wohl nie gegeben sein, wenn eine Gesetzesbestimmung auf einen Fall, für den sie ursprünglich nicht gedacht ist, analog angewendet wird; denn wäre dies der Fall, dann brauchte man erst keine analoge Anwendung, dann könnte und müßte ja der betreffende Fall ipso iure unter die fragliche Bestimmung fallen. Es kommt unseres Erachtens doch wohl nur darauf an, daß in irgend einem wesentlichen Punkte der beiden zu vergleichenden Fälle Ähnlichkeit oder Gleichheit herrscht. Und das Wesentliche bei der Tätigkeit des rücktretenden Täters und Anstifters ist doch, wie bereits Nayhaus gegenüber hervorgehoben ist, daß der Erfolg der Tätigkeit des Täters und des Anstifters gleich sind. Wenn dies der Fall ist, kommt es auf das Übrige weniger oder gar nicht mehr an.

Wir gehen aber noch weiter. Unseres Erachtens verdient der Anstifter die Wohltat des § 46, 2 überhaupt eher, wenn er selbst den Eintritt des Erfolges der Tat verhindert, als dann, wenn er den Weg des contrarius actus einschlägt, d. h. wenn er den Täter veranlaßt, den Eintritt des Schadens zu verhindern; denn in diesem Falle zerstört er nur die Bedingungen, die er selbst für den Eintritt des Erfolges gesetzt hat; er tut aber mehr, wenn er ein die Vollendung der Haupttat hinderndes Hemmnis bereitet.[1])

Die in § 46 dem Täter verheißene Straflosigkeit soll eine Belohnung für die Abwendung des beabsichtigten Schadens sein. Der Täter muß deshalb die gesamte, von ihm ausgehende Wirksamkeit beseitigen, um den Erfordernissen, an die das Strafgesetzbuch seine Straffreiheit geknüpft hat, gerecht zu werden. Von einer Beseitigung der Wirksamkeit kann dabei allerdings immer nur in dem Sinne die Rede sein, daß der Täter dafür zu sorgen hat, daß seine bisherige Tätigkeit für die Zukunft bedeutungslos wird; den Versuch ungeschehen zu machen, ist nicht möglich, oder wie Herzog a. a. O. S. 149 sagt: „Tatsachen gehören der Geschichte an.“[2])

b) Der Anstifter erfüllt die Voraussetzung des § 46, wenn er

aa) den Täter veranlaßt, den Eintritt des Erfolges zu verhindern.

Soll die Straffreiheit des Anstifters sich auf die analog anzuwendende Bestimmung des § 46,2 gründen, so muß die Betätigung seiner Reue zu demselben Ergebnis führen wie die des Täters.

An sich können zwei Wege in Betracht kommen, auf denen der Anstifter zu dem gewünschten Ziele, nämlich zur Erlangung der Straflosigkeit, kommen könnte.

---

[1]) Reichsgericht Bd. 38 S. 225.

[2]) So auch Hergt, Lehre von der Teiln. am Verbr. S. 144; Schwab, Rücktr. v. Vers. in sein. Bedeut. f. d. Teiln. S. 41.

a) Er veranlaßt den Täter allein oder gemeinsam mit ihm den Eintritt des Erfolges abzuwenden,

b) er verhütet ohne Wissen und Willen des Angestifteten den drohenden Schaden durch eigene Tätigkeit.[1])

U. E. ist ein Zweifel darüber nicht möglich, daß der Anstifter dann, wenn er den Täter veranlaßt, den drohenden Schaden zu verhüten, die Voraussetzungen erfüllt hat, an die in Ziffer 2 die Straflosigkeit geknüpft ist. Die versuchte Tat und ebenso der Entschluß ist zwar nicht mehr aus der Welt zu schaffen, aber beiden ist ihre gefährliche Wirksamkeit für die Zukunft genommen. Dies genügt dem Gesetz. Der analogen Anwendung des § 46, Ziff. 2 steht somit nichts im Wege. Dies wird in der Literatur auch einstimmig anerkannt.

bb) den Eintritt des Erfolges selbst verhindert.

Bestritten dagegen ist die Frage, ob die analoge Anwendung der Ziffer 2 auf den Anstifter auch dann gerechtfertigt sei, wenn er den Eintritt des Erfolges ohne Wissen und Willen des Täters verhindere.

Mehrere Schriftsteller, nämlich Langenbeck,[2]) Buri, Heilborn und Prosch verneinen diese Frage. Sie halten es für unvereinbar mit der Akzessorietät der Anstiftungshandlung. Ihr gemeinsamer Gedankengang ist kurz etwa folgender: Wenn der Eintritt des Erfolges der Haupt-

[1]) Das Erfordernis des § 46, 2, daß der Zurücktretende den Erfolg durch eigene Tätigkeit abwenden müsse, darf nicht dahin aufgefaßt werden, daß der Täter (bezw. Anstifter) die Abwendung des Erfolges nicht auch einem Dritten übertragen könnte. Vgl. R.G. Bd. 14 S. 44. Dies wird auch nicht etwa durch die Bestimmung ausgeschlossen, daß die Handlung noch nicht „entdeckt" sein darf. Als entdeckt gilt eine Tat nur, wenn ein Dritter „kraft eigener Wahrnehmung bezw. Schlußfolgerung von ihr erfahren hat, nicht aber, wenn er vom Täter selbst in Kenntnis gesetzt worden ist". Olshausen, § 46 Anm. 20, 22.

[2]) Langenbeck, Lehre v. d. Teiln. S. 178; v. Buri, Lehre v. d. Teiln. S. 59; Heilborn, Agent provocateur S. 142; Prosch, Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teiln., S. 49 ff.

tat durch die Tätigkeit des Anstifters beseitigt wird, so drückt sich darin eine Sinnesänderung des Anstifters aus, nichts mehr.[1])

Keinesfalls ist dadurch der Erfolg der Anstiftungshandlung beseitigt; denn der Versuch des Täters als solcher bleibt bestehen. Für diesen wird der Angestiftete bestraft; da aber der Anstifter auch für den Versuch des Angestifteten kausal ist, muß der Anstifter auch die Versuchsstrafe erleiden.

Hierbei ist zunächst Prosch der besondere Vorwurf zu machen, daß er, wenn er konsequent bleiben wollte, von seinem Standpunkte: „Erfolg der Anstiftungshandlung ist lediglich die Hervorrufung des Entschlusses", den Anstifter auf Grund analoger Anwendung des § 46,2 nicht für straffrei erklären dürfte, wenn dieser den Angestifteten veranlaßt, den drohenden Schaden zu verhüten.

Denn mag der Angestiftete immerhin auf Veranlassung des Anstifters den Erfolg seiner Tat verhindern, nutzen kann er damit dem Anstifter in keiner Weise; soll der Anstifter straffrei werden, so muß der Erfolg seiner Anstiftungshandlung abgewendet werden. Dies ist aber nicht mehr möglich, wenn der Erfolg, die Entschlußfassung des Angestifteten, schon eingetreten ist, was zum mindesten doch immer dann der Fall ist, wenn ein Versuch des Täters vorliegt. Liegt also ein solcher vor, so ist eine tätige Reue des Anstifters auch dadurch nicht mehr möglich, daß der Angestiftete mittels des Angestifteten den Eintritt des Erfolges der Tat abwendet.

Allen hier genannten Schriftstellern aber ist der Vorwurf zu machen, daß sie ihre Auffassung auf eine „übertriebene Betonung der akzessorischen Natur der Anstiftung gründen".[2]) Folgende Erwägung mag dies dartun.

Übt der „Täter" tätige Reue, so wird er straffrei, obwohl er für den Versuch, der sich ja nicht mehr vernichten

---

[1]) So besonders Prosch a. a. O. S. 50.

[2]) Katzenstein, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. Bd. 21 S. 408.

läßt, kausal ist. Ähnlich muß es sich beim Anstifter verhalten. Verhindert er den Eintritt des Erfolges, so muß auch er straffrei werden; er hat ja für die Verhütung das getan, was § 46,2 verlangt, d. h. er hat dem Versuch jede Wirksamkeit genommen. Daß er für die versuchte Tat des Angestifteten kausal ist, hat er ebenfalls gemeinsam mit dem Täter. Nur ein Unterschied besteht: der Versuch, für den der Anstifter kausal ist, wird bestraft. Den Anstifter aber nur deshalb zu bestrafen, weil der Angestiftete bestraft wird, und diese Bestrafung als die „unmittelbare Konsequenz der Abhängigkeit aller Teilnehmer von der vorschreitenden oder zurückschreitenden Tätigkeit des Täters" anzusehen,[1]) erscheint mit Rücksicht auf die Betätigung der Sinnesänderung des Anstifters doch als Härte. U. E. kann eine derartig enge Beziehung zwischen der Person des Anstifters und des Angestifteten nicht bestehen; denn, wenn das Schicksal des Anstifters bloß deshalb, weil er in einem anderen den Entschluß zur Begehung eines Verbrechens hervorgerufen hat, unlösbar mit dem Schicksal des Angestifteten verknüpft sein sollte, dann würde in der Tat „die Anstiftung zu einem gänzlich nebensächlichen Anhängsel der Haupttat herabgedrückt werden".[2])

Es ist fernerhin zu erwägen, daß es durchaus nicht ungerecht erscheint, den Angestifteten zu bestrafen und den Anstifter gleichwohl für straffrei zu erklären. Der Täter ist doch wohl trotz der Beeinflussung durch den Anstifter immer noch ein Mensch mit freiem Willen geblieben; er ist also objektiv und subjektiv für seine Tat verantwortlich zu machen. Dazu kommt noch, daß er ja ohnedies durch die Tätigkeit des Anstifters einen unverdienten Vorteil erlangt; denn er hat den vollen Erfolg seiner Tat gewollt und das Seinige auch getan, um dies zu erreichen, und doch wird er nur wegen Versuchs bestraft.

[1]) Olshausen, § 46 Anm. 2.

[2]) Katzenstein a. a. O. S. 409.

Auch rein praktische Gesichtspunkte können dafür geltend gemacht werden, daß es dem Anstifter überlassen bleiben muß, ob er den Täter veranlassen will, den drohenden Schaden zu verhüten, oder ob er selbst der Wirksamkeit der Versuchshandlung entgegentreten will, um seine „Reue" zu betätigen. Die Sachlage kann im Einzelfalle oft derart sein, daß dem Anstifter gar keine Zeit bleibt, sich an den Täter zu wenden, oder daß dieser von einer Sinnesänderung nichts hören will. Dies will Heilborn nicht gelten lassen.[1]) Daß dem Anstifter jeder Ausweg versperrt sei — abgesehen davon allerdings, daß der Anstifter sich an den Täter wenden dürfe — sieht er als Folge davon an, daß der Anstifter den Erfolg aus seiner Hand gegeben habe. Hätte der Anstifter selbst die Tat ausgeführt, wäre es ihm ein Leichtes gewesen, im Falle späterer Sinnesänderung jeden Schaden zu verhüten. Habe er dagegen die Ausführung einem anderen übergeben, so müsse er nun ohnmächtig der Tätigkeit des Angestifteten zusehen. Dem ist entgegen zu halten, daß infolge der Akzessorietät der Anstiftung nicht nur eine Beziehung des Anstifters zum Angestifteten, sondern auch zu dessen Tat besteht; und diese Beziehung muß doch wohl auch einen praktischen Wert haben, d. h. es muß dem Anstifter gestattet sein, auch unmittelbar in den Lauf der Dinge einzugreifen.

Daß wir uns auf dem richtigen Wege befinden, und daß es den Bedürfnissen des täglichen Lebens angemessen erscheint, wenn wir dem Anstifter die Möglichkeit gewähren, je nach Lage des Falles seine Sinnesänderung dadurch zu betätigen, daß er sich an den Angestifteten wendet und diesen veranlaßt, den Eintritt des Erfolges zu verhindern, oder daß er selbst eingreift, dürfte der Umstand beweisen, daß einige Gesetzbücher der Gegenwart, wie z. B. das dänische Strafgesetzbuch es zur positiven Rechtsvorschrift erhoben haben, daß dem Anstifter kein Weg versperrt

[1]) Heilborn, S. 143.

werden dürfe, um den Erfolg der Haupttat abzuwenden. § 50 des Strafgesetzbuches für Dänemark lautet:

„Wenn jemand, nach schon geleisteter Beihilfe zu einem Verbrechen, aus eigenem Antrieb der Ausführung desselben vorgebeugt hat, entweder dadurch, daß er den Täter dazu gebracht hat, dasselbe aufzugeben, oder auf andere Weise, so wird er straflos. War er vergebens bestrebt, das Verbrechen zu verhindern, so kann die Strafe unter die in § 48 vorgeschriebene Grenze herabgesetzt werden.“[1][2])

III. Der agent provocateur.

Einer besonderen Erörterung bedarf der Fall, wo der „Anstifter“ von vornherein die Absicht gehabt hat, die Tat nicht über den beendigten Versuch hinaus gelangen zu lassen und der Absicht gemäß handelt. Man spricht in diesem Falle von einem agent provocateur.

„Agent provocateur ist derjenige, welcher einen anderen zur Begehung einer strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt, um ihn zur Strafe zu bringen, ohne daß es zur materiellen Verletzung des durch die strafbare Handlung angegriffenen oder gefährdeten Rechtsgutes käme.“[3])

Es entsteht die Frage, welche Bedeutung in diesem hier angegebenen Falle der Verhinderung des Erfolges durch den „Anstifter“ zukommt. Ihre Beantwortung ist davon abhängig, ob man die „Anstiftung zum Versuch“ im obigen Sinne als eine Anstiftung gemäß § 48 St.G.B. aufzufassen vermag oder nicht. Die Ansichten darüber sind geteilt. Sieht man die „Anstiftung zum Versuch“ als wirkliche Anstiftung an, so wird der Anstifter einzig und allein durch die Verhinderung des Erfolges auf Grund analoger Anwendung des § 46 straffrei.

[1]) Allg. Str.G.B. für Dänemark, übersetzt von Bittl, 1901.

[2]) Ähnliche Bestimmungen enthalten das Str.G.B. vom Kanton St. Gallen § 31, Schaffhausen § 83, Rußland § 51.

[3]) Heilborn a. a. O. S. 9.

Die Verhinderung des Erfolges hätte hier also dieselbe Bedeutung wie dann, wenn der Anstifter infolge seiner später eingetretenen Sinnesänderung den Eintritt des Erfolges verhütet. Entscheidet man sich für die Ansicht, daß die Tätigkeit des agent provocateur keine Anstiftung sei, so ist der agent provocateur schon deshalb straffrei, weil seine Tätigkeit nicht unter die Bestimmung des § 40 fällt. Voraussetzung ist dabei allerdings, daß er die Ausführungshandlung des Täters nicht über den Versuch hinauskommen läßt, daß er rechtzeitig eingreift.

Die Ansicht, daß die Tätigkeit des agent provocateur als Anstiftung zu betrachten sei, hat eine Reihe von Verteidigern gefunden. Die Begründung dieser Ansicht ist bei den einzelnen Schriftstellern eine verschiedene. Es lassen sich hier drei Gruppen unterscheiden.

Olshausen und Oppenhoff[1]) gehen von folgender Erwägung aus:

Die Anstiftung zu dem Versuche einer strafbaren Handlung in dem Sinne, daß die Absicht des Anstifters nur auf Begehung eines Versuchs seitens des Angestifteten gerichtet war, ist möglich; dies ergibt sich einmal daraus, daß der Anstifter nicht den dolus des Täters zu besitzen braucht. Außerdem ist Voraussetzung für die Strafbarkeit des Anstifters nur, daß eine strafbare Handlung vorliegt. Es braucht dies durchaus nicht ein vollendetes Verbrechen zu sein; vielmehr genügt ein strafbarer Versuch. Es entspricht also eine Anstiftung zu einem strafbaren Versuch den Voraussetzungen des § 48.

Die Ausführungen sind u. E. nicht schlüssig. Richtig ist zwar, daß zur Bestrafung des Anstifters die Begehung eines Versuchs des Angestifteten genügt; das bedeutet aber nur, daß der Anstifter auch dann der Strafe verfällt, wenn die Tat, deren Vollendung beabsichtigt war, im Versuchsstadium bestehen geblieben ist; keinesfalls geht daraus

[1]) Olshausen a. a. O., Anm. 14 und 21 zu § 48; Oppenhoff, Anm. 21 zu § 48.

hervor, daß auch die Bestrafung dann gerechtfertigt ist, wenn der Anstifter es von vornherein nur zum Versuch kommen lassen will. Die Strafe des Versuchs kann einer Person immer nur dann auferlegt werden, wenn von dieser die Ausführung der Tat bezw. ihre Vollendung gewollt ist. Nur dann liegt ein Versuch im Sinne des Gesetzbuchs vor.[1]) Entsprechendes kann auch nur für den Anstifter gelten. Ebenso, wie der Täter nicht bestraft wird, wenn er nur einen Versuch will, muß auch der Anstifter straflos bleiben, der von vornherein will, daß die Ausführungshandlung des Täters nur bis zum Versuch kommt.

Auch die Löwenheimsche Begründung der Auffassung, daß der agent provocateur Anstifter sei, erweist sich als unhaltbar. Löwenheim gelangt zu seinem Ergebnis auf Grund seiner Ansicht über den Inhalt des Anstiftervorsatzes. Nach seiner Meinung umfaßt der Vorsatz des Anstifters nur die Hervorrufung des Entschlusses. Wäre dies richtig, dann käme es allerdings nicht darauf an, ob der Anstifter will, daß die Tat nur zum Versuch gelange oder bis zur Vollendung. In beiden Fällen wäre er als Anstifter zu betrachten. Die Löwenheimsche Auffassung bezüglich des Inhalts des Anstiftervorsatzes teilen außerdem noch Borchert und Bauer.[2]) Besonders konsequent führt aber nur Löwenheim seine Ansicht durch. Nur er zieht daraus seine Schlüsse für die Würdigung der Tätigkeit des agent provocateur. Mit ihm haben wir uns daher vorwiegend zu beschäftigen. Er glaubt für die Richtigkeit seiner Ansicht eine Stütze im Gesetze zu finden. Nach § 48 sei Anstiftung die vorsätzliche Bestimmung eines anderen zum Verbrechen; folglich (!) stelle einzig und allein die Hervorrufung des Entschlusses in dem Angestifteten den Erfolg der Anstiftung dar. Daß die Anstiftung erst dann strafrechtliche Bedeutung erlange,

[1]) So auch R.G. Bd. 4 S. 255.

[2]) Löwenheim, Der Vorsatz des Anstifters, S. 18 ff.; Borchert, Die strafrechtl. Verantwortlichkeit, S. 57; Bauer, Die akzessorische Natur der Teilnahme, S. 96 ff.

wenn auf seiten des Täters eine strafbare Handlung vorliege, könne auf den Zeitpunkt ihrer Vollendung keinen Einfluß haben. Der Vorsatz des Anstifters brauche sich also nur auf die Hervorrufung des Entschlusses zu erstrecken. Dies sei auch erklärlich, denn, da zwischen der Anstiftung und der vom Angestifteten begangenen Tat kein Kausalzusammenhang bestehe, könne es auch keine subjektiven Beziehungen zwischen ihnen geben. Hier liegt u. E. der Fehler der Löwenheimschen Ausführung. Der freie Wille des Menschen ist motivierbar, dies ist unbestritten.[1]) Steht aber erst fest, daß der Wille beeinflußt werden kann, so ist damit auch schon zugegeben, daß ein Kausalzusammenhang zwischen Anstiftung und Entschluß bestehe.[2]) Da andererseits auch zwischen dem Entschluß und der Tat des Angestifteten ein Kausalzusammenhang besteht, so ist auch ein solcher zwischen Anstiftung und Tat gegeben,[3]) also auch die Möglichkeit einer subjektiven Beziehung zwischen ihnen. Außerdem trifft Löwenheim — ebenso Borchert und Bauer — der Vorwurf, daß sie die Akzessorietät der Anstiftung anerkennen und gleichwohl bei der Begründung ihrer Auffassung des Anstiftervorsatzes von Voraussetzungen ausgehen, die nur dann verständlich sind, wenn man die Anstiftung als delictum sui generis betrachtet. Wäre diese ein selbständiges Delikt, d. h. wäre die Hervorrufung des Entschlusses allein schon unter Strafe gestellt, dann brauchte sich der Vorsatz auch nur darauf zu erstrecken, nämlich auf die Hervorrufung des Entschlusses. Ob der Anstifter wollte, daß dem Entschlusse die Tat folge bezw. ihre Vollendung oder nur ein Versuch, käme nicht in Betracht. Das Hinzutreten der Haupttat des Angestifteten wäre lediglich Bedingung der Strafbarkeit der Anstiftungshandlung, und dieses letztere glaubt Löwenheim

[1]) v. Birkmeyer, vgl. Darst. d. deutsch. u. ausl. St.R. Bd. II S. 12.

[2]) So auch Hergt a. a. O. S. 33.

[3]) Heilborn, S. 76.

auch gegenüber dem geltenden Recht vertreten zu können. Er sagt kurzer Hand: das Vorhandensein einer (solchen) strafbaren Handlung des Täters erscheint als Bedingung der Strafbarkeit für die Anstiftung. Eine derartige Auffassung scheitert aber, wie Katzenstein und Korn überzeugend dargetan haben, an einem formellen Bedenken. Es wäre nicht einzusehen, so heißt es bei ihnen,[1]) warum das Gesetzbuch Bedingungen der Strafbarkeit, d. h. äußere Umstände, die mit der verbrecherischen Handlung selbst und deren einzelnen Bestandteilen nichts zu tun hätten, in § 48 mitten unter die Tatbestandsmerkmale aufgenommen haben sollte, da es doch sonst ausnahmslos Tatbestand und Strafbarkeitsbedingungen scharf sondere, beispielsweise in einem Nebensatz mit „wenn“ oder „sofern“ bringe, wie dies ein Blick auf §§ 102, 103, 110 usw. bezeuge.

Das Bedenkliche der Auffassung der hier besprochenen Schriftsteller scheint ihnen selbst einzuleuchten, denn Borchert faßt gewissermaßen je nach Bedarf, bald die Hervorrufung des Entschlusses, bald die Vollendung der Tat als Erfolg der Anstiftung auf[2]) und bemißt demnach auch den Vorsatz des Anstifters verschieden weit; und Löwenheim sieht selbst ein, daß seine Auffassung „zu unbilligen Härten in der Rechtsprechung“ führen müsse.[3])

Auch die Auffassung Heilborns ist u. E. abzulehnen. Seine Ansicht und ihre Begründung lassen etwa folgende Sätze erkennen: Die Strafbarkeit des Anstifters beginnt mit der Ausführung des Delikts durch den Täter. Der weitere Erfolg der Anstiftung fällt zwar zeitlich mit dem Erfolg der Täterhandlung zusammen; zum Tatbestand der Anstiftung gehört indes nur der Beginn der Ausführung und zwar nicht deshalb, „weil er begrifflich das Wesen der Anstiftung ausmache, sondern weil dieselbe ein Erfolgs-

[1]) Katzenstein a. a. O. S. 415; Korn a. a. O. S. 14.

[2]) Vgl. Borchert a. a. O. S. 55 und dazu S. 76. Vgl. dazu und zu folg. Satz Katzenstein a. a. O. S. 401/402.

[3]) Löwenheim a. a. O. S. 51.

delikt sei; besteht aber der Erfolg der Anstiftung schon darin, daß der Täter handelt, so braucht sich der Vorsatz auch nur auf dieses Handeln zu erstrecken. Die Folge hiervon ist wiederum, daß eine Anstiftung zum Versuch, d. h. zu einem bloßen Handeln, die Voraussetzungen des § 48 erfüllt.

Verfehlt erscheint uns der von Hergt a. a. O. S. 41 erhobene Vorwurf, Heilborn habe offenbar Begriffs- und Strafbarkeitsmomente verwechselt, wenn er das Handeln als Erfolg der Anstiftung ansehe. Es ist ihm entgegen zu halten, daß Heilbronn ausdrücklich darauf hinweist, daß das Handeln des Anstifters nicht deshalb als zum Tatbestand der Anstiftung gehörig ansehe, weil es begrifflich notwendig sei, sondern weil die Anstiftung Erfolgsdelikt sei.

U. E. liegt bei Heilborn der Fehler in der Auffassung, daß die Anstiftung ein Erfolgsdelikt sei.

Das Wesen der Erfolgsdelikte besteht darin, daß in einer Anzahl von Fällen, z. B. §§ 224, 229 St.G.B. eine höhere Strafe verhängt wird, wenn „durch eine an sich schuldhafte Handlung ein unverschuldeter schwererer Erfolg herbeigeführt wird“[1]) Die höhere Strafe wird also auferlegt, ohne daß dem Täter bezüglich des schwereren Erfolges Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt. Ist dagegen der schwerere Erfolg durch Schuld des Täters eingetreten, so greift eine ganz andere, viel höhere Strafbestimmung Platz. Dasselbe müßte man bei der Anstiftung finden, wenn Heilborns Auffassung die richtige wäre. Hier ist es aber gleichgiltig, ob der Anstifter den schwereren Erfolg, d. i. die Vollendung der Tat, gewollt hat oder nicht, es tritt immer dieselbe Strafbestimmung ein. Es ist deshalb die Heilbornsche Auffassung der Anstiftung als eines Erfolgsdeliktes abzulehnen. Dann ist aber auch Heilborn nicht der Nachweis geglückt, daß der Vorsatz des Anstifters sich nur auf das Handeln des Täters zu erstrecken brauche, daß es eine Anstiftung zum Versuch gebe.

---

[1]) v. Liszt a. a. O. S. 161.

U. E. muß der Vorsatz des Anstifters die von den anderen begangene konkrete Tat in allen ihren wesentlichen Merkmalen umfassen.

Dies entspricht einmal der Akzessorietät der Anstiftung. Wenn die Anstiftung Teilnahme an der Herbeiführung des Verbrechens eines anderen ist, so muß diese Beziehung zu dem Verbrechen auch in der subjektiven Seite zum Ausdruck kommen, d. h. der Vorsatz des Anstifters muß auch die Vorstellung der Vollendung des geplanten Verbrechens umfassen.[1])

Es würde außerdem bedenkliche Folgen zeitigen, wenn es bei der Anstiftung nur auf den Willen des Angestifteten ankäme, bezw. wenn Anstiftung immer vorliegen würde, gleichviel wie der Wille des Anstifters beschaffen ist. Das Reichsgericht hat diesen Gedanken näher ausgeführt. Die Auffassung, daß es auf den Willen des Anstifters nicht ankäme, „würde dahin führen, daß auch derjenige wegen Teilnahme durch Anstiftung bestraft werden müßte, welcher gar nicht den Willen gehabt hat, daß eine Straftat zur Ausführung gelange, welcher z. B. wußte, daß wegen absoluter oder relativer Untauglichkeit der anzuwendenden Mittel die Ausführung der Tat unmöglich sei. Ja, es würde sogar wegen Teilnahme derjenige zu bestrafen sein, welcher gerade in der Absicht die Ausführung der Straftat zu hindern, gehandelt hätte, weil auf diese Ansicht nichts ankäme.“[1]) „Diese Ausführungen“, so sagt Heilborn, „seien an sich wohl richtig, bewiesen aber doch gar nichts für den Fall des agent provocateur. Der Reichsgerichtsentscheidung habe die Beurteilung eines Versuches mit untauglichen Mitteln vorgelegen. Bei einem solchen sei der Wille des Anstifters aber doch nicht gefährlich, während der agent provocateur es doch gerade immer zu einem

[1]) Frank, S. 81; Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen, S. 142.

[2]) R.G. Bd. 15 S. 315 ff.

tauglichen, also gefährlichen Versuch kommen lassen wolle."[1])

Das Reichsgericht will allerdings nicht den Fall des agent provacateur entscheiden, es will nur darlegen, zu welchen unhaltbaren Folgen die Ansicht führe, daß es bei der Anstiftung nur auf den Willen des Angestifteten ankomme, also gleichgültig sei, wieweit der Vorsatz des Anstifters reiche. Diese Bedenken des Reichsgerichts aber hat noch niemand zu beseitigen vermocht und so können wir auch mit gutem Recht die Ausführungen des Reichsgerichts für die Begründung unserer Auffassung, daß der Vorsatz des Anstifters die vollendete Tat umfassen müsse, verwenden.

Auch Erwägungen rein natürlicher Art führen zu dem Ergebnis, daß sich der Vorsatz des Anstifters auf die Vollendung der Täterhandlung erstrecken müsse. Man vergegenwärtige sich den Vorgang, der sich im Inneren des Anstifters abspielt. Der X will den Y aus dem Wege räumen, er kann es aus irgend einem Grunde nicht selbst tun. Er geht zum Z und verspricht ihm eine Belohnung für den Fall, daß er den Y tötet. Ist es hier dem X nur darum zu tun, in dem Z lediglich einen Entschluß hervorzurufen, oder hat ihn die Vorstellung geleitet, daß diesem Entschlusse die gewünschte Tat folgen werde? Man muß doch wohl das letztere annehmen, denn man macht doch nicht Versprechungen, um in einem anderen bloß einen Entschluß hervorzurufen, sondern will, daß der Entschluß auch zur Tat werde. Darf man somit annehmen, daß der Vorsatz des Anstifters sich auf die Vollendung der Tat erstrecke, so ergibt sich daraus, daß derjenige, der von vorherein nur will, daß ein Versuch begangen werde, den richtigen Anstiftervorsatz nicht hat. Daraus aber folgt wiederum, daß der agent provocateur wegen Anstiftung nicht bestraft werden kann, da seine Handlung ja nicht den Voraussetzungen des § 48 St.G.B. entspricht. Für ihn

[1]) Heilborn, Der agent provocateur 1901 S. 119.

bedarf es daher nicht der analogen Anwendung des § 46. Die Verhinderung des Eintritts des Erfolges hat in diesem Falle nicht die strafbefreiende Wirkung wie bei dem Anstifter, der gemäß seiner erst später eingetretenen Sinnesänderung dafür sorgt, daß die Tat nicht vollendet werde. Mit dieser Entscheidung befinden wir uns im Einverständnis mit der großen Mehrzahl derer, die die vorliegende Frage erörtert haben. Von denselben Voraussetzungen, die für uns maßgebend waren, sind hierbei ausgegangen Katzenstein, Doppffel, Finger, v. Birkmeyer, Korn u. a.[1])

IV. Fall des Rücktritts von einem qualifizierten Versuch.

Es bleibt uns noch die Prüfung der Frage übrig, wie die tätige Reue bezw. die Handlungsweise des agent provocateur rechtlich zu würdigen ist, wenn es sich nicht um einen einfachen, sondern um einen qualifizierten Versuch handelt. § 46 bestimmt, daß im Falle der tätigen Reue der Versuch immer nur als solcher straflos bleiben solle. Eine Bestrafung soll demnach immer dann eintreten, wenn die Versuchshandlung zugleich ein vollendetes Delikt darstellt. Wenn z. B. der Mordversuch zu einer Körperverletzung geführt hat.

Die Wissenschaft unterscheidet hier Fälle der sogenannten Gesetzes- und Idealkonkurrenz, d. h. Versuchshandlungen, die notwendig ein anderes Delikt darstellen und solche, wo das Delikt „nur ein zufällig gewähltes Mittel für die Vorübung des versuchten Delikts darstellt.“[2]) Für die Straflosigkeit der Versuchshandlung, mit der ein vollendetes Delikt „ideal konkurriert“ und für die Bestrafung eines Versuches, wo ein Delikt in Gesetzeskonkurrenz mit ihm steht, sind eingetreten Olshausen,

[1]) Katzenstein, S. 418; Doppffel, Die strafrechtl. Verantwortlichkeit d. agent provocateur, S. 89; Finger a. a. O. Bd. I S. 351; v. Birkmeyer, Lehre v. d. Teiln., S. 166; Korn, S. 13 ff

[2]) Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 179.

v. Liszt, Frank u. a.[1]) Die unbedingte Bestrafung des qualifizierten Versuchs fordern Meyer-Allfeld und Finger.[2])

U. E. muß man sich der Meinung derer anschließen, die den qualifizierten Versuch in jedem Falle strafen wollen. Die Begründung, die unsere Gegner für ihre Ansicht bringen, dürfte nicht stichhaltig sein; zumeist wird betont, daß sich der Vorsatz des Täters doch nur auf das vollendete Delikt erstreckte. Wenn sich aber der Vorsatz auf das vollendete Delikt erstreckt, so umfaßt er doch auch notwendig die der Vollendung vorausgehende Ausführungshandlung. „Der Fall", sagt sehr scharf Finger hierzu, „daß ein Täter sich nicht vorstellt, daß seine Tötungshandlung sich auch notwendig gegen die Körperintegrität richte, existiert wohl nur im Strafrechtspraktikum eines Theoretikers."[3])

Die tätige Reue wird demnach nicht strafbefreiend wirken, wenn es sich um den Rücktritt von einem qualifizierten Versuch handelt.

Ebenso glauben wir den agent provocateur im Falle einer Anstiftung zu einem qualifizierten Versuch für strafbar erklären müssen. Bei ihm ist die Sachlage insofern verschieden von der des Anstifters, als er ja von vornherein seinen Vorsatz auf den Versuch, gegebenenfalls also auch auf den qualifizierten Versuch, gerichtet hat. Er hat sich doch gewiß in den meisten Fällen von vornherein damit einverstanden erklärt, daß ein qualifizierter Versuch begangen werde, oder wenigstens von vornherein gewußt, daß mit der Versuchshandlung ein Deliktsschaden verbunden sein würde.

U. E. ist kein Grund ersichtlich, warum man ihm in einem solchen Falle das Delikt nicht zurechnen sollte. Auch er muß in einem solchen Falle bestraft werden.

---

[1]) Olshausen, § 46 Anm. 3; v. Liszt, § 48 No. 2; Frank, S. 78.
[2]) Meyer-Allfeld, S. 183; Finger, S. 323.
[3]) Finger, S. 323.

Zusammenfassung.

Fassen wir das Ergebnis unserer Untersuchungen noch einmal kurz zusammen, so finden wir:

1. Der Anstifter ist straffrei, wenn er vor Entdeckung der Tat den Eintritt des Erfolges der von dem Angestifteten begangenen Tat verhindert.

Wir kommen hierzu auf Grund analoger Anwendung des § 46, Ziff. 2 R.St.G.B.

a) Straffrei ist er, wenn er den Täter veranlaßt, den Eintritt des Erfolges zu verhindern,

b) wenn er selbst den drohenden Schaden verhütet.

2. Der agent provocateur ist schon deshalb straffrei, weil seine Tätigkeit nicht in den Rahmen des § 48 St.G.B. fällt. Einer analogen Anwendung des § 46 St.G.B. bedarf es deshalb nicht.

3. Strafbar ist sowohl Anstifter als auch agent provocateur, wenn trotz Verhinderung des Erfolges des ursprünglich geplanten Verbrechens eine Rechtsgüterverletzung zustande kommt.

Lebenslauf.

Ich, Alfons Moritz, bin als Sohn des Gutsbesitzers Eduard Moritz in Piltsch, Kreis Leobschütz, und seiner Ehefrau Auguste geb. Herde am 11. Mai 1887 in Piltsch geboren.

Ich bin katholisch und preußischer Staatsangehöriger.

Meinen ersten Unterricht genoß ich in meiner Heimat. Hierauf besuchte ich von Ostern 1898 ab das Königliche Gymnasium zu Leobschütz und verließ es Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife. Sodann studierte ich in München, Berlin und Freiburg i. Br. je ein Semester und in Breslau vier Semester Rechts- und Staatswissenschaften und bestand daselbst am 31. Oktober 1910 die erste juristische Staatsprüfung. Vom 22. November 1910 ab war ich neun Monate lang dem Königlichen Amtsgericht in Friedland Bez. Breslau zur Ausbildung als Referendar überwiesen und bin nunmehr — und zwar seit dem 22. August 1911 — am Königlichen Landgericht zu Schweidnitz als Referendar tätig.

Am 7. Dezember 1911 bestand ich in Breslau das mündliche Doktorexamen.